

SZEMLE

JOBBÁGYI GÁBOR

egyetemi tanár
Pázmány Péter Katolikus Egyetem
(Budapest)

Orvosi kezelési szerződés – új szerződés- fajta a BGB-ben

1. Előzmények

2013. február 26-án léptették hatályba Németországban a BGB új szerződéstípusát az *orvosi kezelési szerződést* (*Behandlungsvertrag BGB* 630a. § – 630h. §).

A szakirodalom szerint ez jelentős lépés az orvosi jogban, mivel áttekinthetővé teszi az áttekinthetetlen bírói gyakorlatot.¹

Valóban a német jogban több évtizedes vita folyt az orvos-beteg jogviszonyról,² s az utóbbi évtizedekben ítéletek ezrei születtek a kérdéskörben.³ A jogalkotói folyamatban az Igazságügyi és Egészségügyi Minisztérium egy „irányelvet” adott ki a „Betegek jogairól Németországban”. Majd a két minisztérium 2012. 01. 16-án törvényjavaslatot terjesztett elő, amelyet a Bundestag 2012. 11. 29-én elfogadott, s a törvényjavaslat 2013. január 26-án hatályba lépett.⁴

Ugyanakkor látnunk kell, hogy az orvosi kezelési szerződésnek a Polgári Törvénykönyvbe illesztése nem egyedülálló Európában. Elsőként a *Holland Ptk.* illesztette rendszerébe a szerződést (egyes szerződések második részéről szóló Hetedik Könyv 7:446. § – 7:468. §), ezt követte az *észti* kötelmi törvény 2009-ben (7:58. § – 7:73. §), majd a *litván Ptk.* (2012. 6:25. § – 6:746. §), végül a *cseh Ptk.* 2012. (2:636. § – 2:651. §).⁵

Végül feltétlenül szólni kell az *Európai Bizottság* által megbízott *szakértői bizottság tervzetét az egyes szerződésekről*, mely külön nevesíti IV. Könyvében a kezelési szerződést (DCFR IV. Könyv).⁶

2. A német jogirodalom a kezelési szerződésről

A jogirodalomban soha nem volt ellentét abban, hogy az *orvos-beteg jogviszony polgári jogviszony* az orvos és beteg között. Ez a jogviszony egyértelmű magánorvosok és betegek között. Ha az orvos és a beteg biztosított (*Kassenarzt – Kassenpatient*), akkor közjogi elemek is vegyülnek a jogviszonyba (*Sozialgesetzbuch* IV. 76. §), viszont a jogviszony a beteg és kórház között polgári jogi szerződés van, ahol az or-

vos a kórház alkalmazottja. Ekkor eredetileg többen „kórházi szerződésről” beszéltek.⁷ Viszont *Günther Brenner* alpművében ezt is egyértelműen polgári jogi kezelési szerződésnek minősíti, a „szolgáltatási szerződések” egy nem nevesített fajtájának.⁸

Abban, kezdetben sem volt vita a szakirodalomban, hogy a szerződés a „szolgáltatási szerződések” egyik nem nevesített típusa (*Dienstvertrag*). Ezen a véleményen van egyértelműen a „Münchener Kommentar”, mely a „szolgáltatási szerződések” körében külön nevesíti az „orvosi szerződést”.⁹ (Megjegyzendő, hogy a szakirodalomban vegyesen fordult elő az „orvosi szerződés” és a „kezelési szerződés”.)

A német Legfelsőbb Bíróság már 1959-ben kiemelte, hogy az orvos-beteg szerződése polgári jogi szerződés, – de nem csak ez – hanem több is ennél. Mint az Alkotmánybíróság 1979. 7. 27. határozata is hangsúlyozza polgári jogi szerződés az orvos-beteg kapcsolat, de szerepet kap benne az orvosi hivatás etika is.¹⁰

Hosszú évtizedeken keresztül a német jogban – ugyanúgy, mint a világon mindenütt – nem nevesítették külön a polgári törvénykönyvekben az orvosi felelősséget.¹¹ Ennek hatalmas ellentmondás lett a

1 A tanulmány a TÁMOP-4.2.1.B-11/2/KMR-2011-0002 támogatásával készült. (Szerk.) Prof. Dr. Christian Katzermeier: Der Behandlungsvertrag- Neuer Vertragstypus in BGB. NJW 2013. 12.822., Christian Katzermeier: Arzthaftung. Mohr Siebeck, 2002.

2 In Handbuch des Arztrechts, Adolf Laufs – W Uhlenbruch. C.H. Beck'sche Verlag. München 1999. 307.; Zur Rechtsnatur des Arztvertrages, KH 1978. 440.; Deutsch, Der medizinische Behandlungsvertrag als konkretes Schuldverhältnis des Zivilrechts, Jahrbuch, 1979 der Berliner Wissenschaftlichen Gesellschaft, 129–134., uő: Medizinrecht; Deutsch, Eine Gesetzeslücke. Der Vertrag des Patienten mit dem Arzt. Ergänzungen der BGB erforderlich, Nds ABI 1981. 161.; Engelhardt, Über das Arzt-Patienten-Verhältnis, Fortschritte der Medizin 1974. 1139.; Luig, Der Arztvertrag in: W. Gitter, Vertragsschuldverhältnisse, München 1974., S. 223.; G. Schulz, Der Arztvertrag, MedKlin 1975. 1609.; Weimar, Der Arzt- und Krankenhausvertrag als Vertrag zugunsten Dritter, JR 1972. 181.

3 Rüdriger Martis–Martina Winkhart–Marthis: Arzthaftungsrecht. 2007. Köln, első kiadás 2003. Köln.

4 Ld. 1. alatt 817. és 5. alatt

5 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20. február 2013. Bundesgesetzblatt. 2013. Teil I. Nr. 9. 277–279.

6 Szilágyi Ferenc: A kezelési szerződés szabályozásának európai koncepciója a DCFR modellszabály rendszerében. (kézirat) 1–2.

7 Lexikon der Bioetik Band I. Gütersloher Verlaghaus é.n. I. kötet 243.

8 Günther Brenner: Arzt und Recht. Gustav Fisher Verlag Stuttgart–New York, 1983. 150–151.

9 Münchener Kommentar BGB Schuldrecht Besondere Teil II. Verlag C.H. Beck München 2005. 1727–1728.

10 2. alatt 308.; NJW 1959. 811–813.

11 1. alatt 76. a 2002-es monográfiában

következménye. Bár a szakirodalom, sőt a bírói gyakorlat is szerződésnek minősítette az orvos-beteg kapcsolatot, (már 1975-ben született ilyen ítélet)¹² a bírói gyakorlat a deliktualis felelősség szabályai szerint ítélezett az orvosi felelősségi perekben. Ennek egyik oka, hogy a német jogban szerződésszegés esetén eredetileg nem lehetett fájdalomdíjat (*Schmerzensgeld*) kérni.

Így a hosszú jogelméleti és bírói gyakorlatbeli viták háttérében a következő állt:

– a jogirodalom, s a bírói gyakorlat szerint nem volt vitatott, hogy a beteg és az orvos (kórház) között a szolgáltatási szerződés egy speciális, a BGB-ben nem nevesített szerződés áll fenn (orvosi szerződés, kezelési szerződés),

– viszont a bírói gyakorlat következetesen a szerződésen kívüli (deliktualis) felelősség szabályait alkalmazta, mert ez lényegesen kedvezőbb volt a beteg számára.

Az ellentmondás feloldását jelentette a BGB 253. § reformja, – mely a fájdalomdíjról szól¹³ – mikor 2001. szeptember 24-én olyan törvényjavaslatot fogadtak el, hogy fájdalomdíj járhat szerződésszegés esetén is. A kérdést egyértelműen megoldja a BGB 2013. február 20-i módosítása, mely kezelési hibaként értékeli – az orvosi kezelési szerződés körében – az élet, testi épség, egészség megsértését.¹⁴ Ez abból is következtethető, hogy a „fájdalomdíjat” szabályozó 847. § (1) bekezdést hatályon kívül helyezték, s szövegét – változatlan tartalommal áthelyezték a 253. §-ba a kötelmi jog általános szabályai

közé. Ezután, már nem volt gyakorlati akadály, hogy ha a szerződésszegés életet, testi épséget, egészséget sért, az orvosi kezelési szerződés megsértése esetén szerződésszegést – és így fájdalomdíjat is megállapítsanak. (A 847. § hatályon kívül helyezése és változatlan tartalommal való megismétlése egyébként már 2002-ben megtörtént.) Lényegében szintén soha nem volt vitatott sem az elméletben, sem a gyakorlatban, hogy az orvosi beavatkozás számos esetben *testi sértést* valósít meg, ahol a jogellenességet a *beteg beleegyezése* zárja ki megfelelő felvilágosítás után.¹⁵

Az orvosi felelősség megítélésének történelmi változását – mely alapvetően kihatott a kezelési szerződés kialakulására – kezdetben hosszú ideig büntetőjogi felelősségeként értékelték.

A *Constitutio Criminalis Carolina* már 1532-ben a 134. §-ban meghatározza az orvos büntetőjogi felelősségét, mert ha „gondatlanul, vagy szabályellenesen megsérti működési szabályait, s ezzel valaki halálát okozza”, börtönre ítélandó.

Ezt fejlesztette tovább *Rudolf Virchow* 1870-ben az „orvosi műhiba” fogalmának megalkotásával. („Ha az orvos működések szabályait figyelmen kívül hagyva vagy elővigyázatlanból megsérti.”) ez a „műhiba” fogalom továbbra is büntetőjogi kategória volt, annak volt egyenes következménye, hogy az orvos polgári jogi felelőssége hosszú ideig deliktualis felelősségnek minősült.

Ezután kezdődött hosszú vita és bizonytalanság az „orvosi műhiba”

alkalmazhatóságáról, mivel észlelték, hogy a „működés szabályai” – rendkívüli gazdagságuk és változásai miatt – értelmezhetetlenek a jog számára. Indok volt az is, hogy a „mű” nem orvosi fogalom, hanem festők, zeneszerzők, írók alkotnak „művet” – ezért nem lehet orvosi műhibáról beszélni. A folyamat végét jelentette a „búcsú az orvosi műhibától” az 1970-es években. A bírói gyakorlat és az elmélet e helyett kialakította a „kezelési hiba” (*Behandlungsfehler*) fogalmát.¹⁶

Ezzel párhuzamosan kezd meg gyors ütemben az orvostudomány az egyes kórismék kezelési „standardjainak” kidolgozását. Ez azt jelenti, hogy az orvos „gyógymódválasztási szabadsága” alapján, szabadon választ a „standard”-ban megjelölt kezelési módok közül.

Ezzel párhuzamosan indul hatalmas fejlődésnek a „beteg tájékoztatáshoz való joga” – s ennek alapján a beteg „beleegyezése” a kezelésbe, mivel a beavatkozás kockázatát a beteg viseli. (Ez az angolszász jogban az „*informed consent*.”) Ezzel egy időben kezd erősödni – majd erősebbé válni – a „tájékoztatási jog megsértéséből adódó felelősség”, mely lassan leválik a „kezelési hibáról”. Ennek oka, hogy a gyakorlatban könnyebb bizonyítani a „tájékoztatás hiányosságát”, s ezzel párhuzamosan a „kockázatba való beleegyezés hiányát”, mint a kezelési hibát.¹⁷ Ezért alakult ki a betegjogok rohamos bővülése (felvilágosítás, beleegyezés, dokumentáció megismerés – mind a diagnózis, mind a kezelés során). Ennek egyenes következménye a betegek

12 *Martis-Winkhart*: Arzthaftungsrecht, aktuell Fallgruppen Kommentar hivatkozik egy ítéletre 44. oldalon. GBH MDR 1975. 310. (később részletesen a bírói gyakorlatnál). Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2007.

13 A 253. § szerint fájdalomdíjat (nem vagyoni kárt) lehet megítélni többek között testi sérülésért, s az egészségkárosodásért. Id. részletesen *Szilágyi Ferenc*: A személyiség magánjogi védelmének dogmatikája a német jogban (in *Medias Res* 2013/2. 347–380.) és *Palandt*, BGB Kommentár 2013. 319–320.

14 BGB 630h § (5) bekezdés; Így a BGB kötelekekről szóló Második Könyve az egyes szerződésekről szóló Nyolcadik Részének Nyolcadik Címe az eddigi „Szolgáltatási szerződés” címről, „Szolgáltatási szerződés és hasonló szerződések” (*Diensvertrag und ähnliche Verträge*) címre változott. Az új cím második alcíme „Kezelési szerződés” (II. Untertitel *Behandlungsvertrag*) szabályait tartalmazza. BGB és részletesen *Szilágyi Ferenc*: 6. alatt 2–3.

15 *Dieter Medicus*: Allgemeiner. Teil des BGB C.F. Müller Verlag Heidelberg 1994. 83.; 1. alatt a 2002-es monográfiából 118–127. alatt – ezért is tartozik a jogviszony a polgári jogba, s a kezelési szerződésbe, mert a páciens privátautonómiaja alapján egyezik bele a beavatkozásba.

16 Ld. 1. alatt 274–275., először az elméletben *S. Deutsch* NJW 1976. 2289.; ld. 1. alatt 275. 26. jegyzet. Megjegyzendő, hogy a magyar Legfelsőbb Bíróság már 1953-ban mellőzi az „orvosi műhiba” fogalmát.

17 Ld. 1. alatt 364. és 62.

„emancipálódása” (egyenjóságosítás), s a betegjogok kodifikációja. (Ez az USA-ban „*Patient Bill of Rights*” 1973-ban. Németországban kifejezett törvény nincs a betegjogokról, de az elmélet s a bírói gyakorlat alapján az egészségügyi miniszter 2003-ban Deklációt bocsátott ki a betegjogokról Németországban.)

Ezekkel a folyamatokkal vált egyértelművé a német gyakorlatban és elméletben, ha az orvos és a beteg mellérendelt felek egy kezelési szerződésben, akkor a BGB miatt a deliktualis felelősség körében értékeli az orvosi felelősséget.

A folyamat végpontja, s egyben az ellentmondás feloldása a korábban említett 2013-i BGB módosítás, mely az orvosi kezelési szerződést beemelte a BGB egyes szerződéseinek körébe. Emellett megmarad természetesen a „kezelési hiba” funkciója is a deliktualis felelősség körében, ha szerződésen kívüli károkozásról van szó (pl. orvosi eszközök bennhagyása a műtét helyén, orvosi műszerek hibája stb. – ezekről természetesen nem lehet a szükséges kockázatok körében beszélni, melyet a beteg vállal a felvilágosítás után). Vagyis a deliktualis felelősség is marad az orvosi felelősség része, annak ellenére, hogy az orvosi deliktualis felelősség jelentős részben átalakult szerződéses felelősséggé.¹⁸ Az orvosi felelősség alapja a „nagy kezelési hiba”, vagy az „egyszerű kezelési hiba” (ld. később).

Megjegyzendő, hogy – bár az orvosi kezelési szerződés léte ma már általánosan elismert – bizonyos szakterületekre eltérő megítélés esik. Így például a fogorvosok esetén vagy a plasztikai beavatkozásoknál az elmélet és a gyakorlat bár

kimondja, hogy itt is kezelési szerződésről van szó – a terület felelősségi szabályai némileg eltérnek a többi orvosi terület felelősségi szabályaitól. Például a plasztikai sebészet körében alapprobléma, hogy a „szépség”

szubjektív fogalom, mert minden beteg „szebbé” akar válni. Ez azonban sok mindentől függ – pl. kozmetika, hormonműködés, öltözködés, testápolás stb. – s a nehezen eldönthető kérdés a bírói gyakorlatban, hogy „szebbé” vált-e a páciens? A bírói gyakorlatban felmerült számtalan probléma közül csak egy; a páciensek 10–15%-a kiskorú, ezért a szülő beleegyezése szükséges a műtétbe – már csak azért is, mert ő fizeti a több ezer eurós számlát.¹⁹

3. A bírói gyakorlat szerepe a kezelési szerződés kialakításában

A bírói gyakorlat meghatározó szerepet játszott az elmúlt évtizedekben az orvosi felelősség átalakításában és a kezelési szerződés kialakításában. Mint a 2013. február 26-i törvény bevezetése kimondja; „A betegjogok Németországban nagymértékben a szakirodalomban és a bírói gyakorlatban alapozódtak meg. A kezelési (szerződés) és az orvosi felelősségi jog lényeges része nem a törvényben, hanem a bírói gyakorlatban van.”²⁰

Az állítást többek közt alátámasztja az a 900 oldalas monográfia, mely sok ezer bírói döntést elemez az orvosi jog köréből.²¹

Az orvos-beteg kapcsolat Németországban is hosszú ideig „tabutéma” volt, sokáig megállt az a nézet, hogy az orvosnak csak etikai felelőssége van, jogi felelőssége nincs.

mert a kezelés az orvos „intuitív” döntéseire alapul, melyet nem lehet konkrét módon meghatározni.²² A szemlélet megváltozását a jogászság körében az USA-ban az 1960-as évektől nagyszámban létező orvosi felelősségi per indította meg, mely az USA-ban elvezetett az orvosi felelősségi jog kríziséhez (*medical malpractice crisis*).²³ Ennek nyomán az Amerikai Kórházszövetség 1973-ban kiadta a „Betegjogi Chartát” (*Patient Bill of Rights 1973*).

Ez egyrészt jelentette az orvosi biztosítási összegek hatalmas növekedését, másrészt az orvosok részéről a „defenzív medicina” kialakulását, azt, hogy számos vizsgálatot biztosítani akartak helyzetüket – ez viszont hatalmasan megnövelte a biztosítási és kezelési költségeket. (Pl. az USA-ban egy nőgyógyász éves biztosítási díja 200 000 US\$.) A változáshoz hozzájárult, hogy az orvostudomány fejlődésével megnőtt a gépek, berendezések szerepe a gyógyításban. Ezek hibájából eredő károsultakat már nem lehetett a „paternalista” szemlélettel etikai kérdésként kezelni. Ekkor, s ezzel kezdődik az orvosi felelősségi perekben a „vétkességi elv korróziója” (*Korrosion der culpa Doktrin*).²⁴ Németországban már 1959-ben kimondta a Legfelsőbb Bíróság, hogy az orvos-beteg szerződése polgári jogi szerződés, s ezt az Alkotmánybíróság 1979. 07. 27-i határozata is megerősítette.²⁵ Szintén a bírói gyakorlat mondta ki, hogy a kórház és a beteg között is kezelési szerződés jön létre.²⁶

A gyakorlat hamar állást foglalt abban, – a jogirodalommal egyezően – hogy a szerződés *szolgáltatási szerződés* és nem munkaszerződés. Ugyanakkor a szerződésből nem

18 Ld. 1. alatt 823.

19 Ld. pl. 3. alatt 797. és 601–604. és Arzhaftung bei Schönheitsoperationen. Sigrid Lorz Duncker–Hunblot Berlin. 23., 73–76., 62–63.

20 Ld. 1. alatt 2013. 817.

21 Ld. 3. és 12. alatt

22 Ld. 1. alatt 2003. 30.

23 Ld. 1. alatt részletesen 30–52.

24 Ld. 1. alatt 2003. 44. és 156–160.

25 Ld. 2. alatt 308.

26 Münchener Kommentar. BGB. Schuldrecht Allgemeiner Teil. Verlag C.H. Beck München 2003. 2650.

következik „gyógyulási eredmény” (*Heilerfolg*) vagy „kezelési eredmény” (*Behandlungserfolg*).²⁷ Ezt az elvet később számos bírói döntés megerősítette.²⁸ Ugyanazt az elvet mondták a fogorvosi, a kozmetikai és a sterilizációs beavatkozásokra, ugyanakkor a fogorvos és a fogtechnikus között munkaszerződés jön létre, ahol több esetben eredmény felelősség állhat fenn.²⁹ Hatalmas bírói gyakorlata van a terhesség-megszakítás miatt fellépő következmények miatti pereknek, és a genetikai tanácsadás során elkövetett hibás diagnózisok miatti pereknek.³⁰

Az abortusz esetében – bár itt is kezelési szerződésről van szó – a „tanácsadási szerződés” során az orvosnak az anya egészségének védelme mellett, képviselnie kell a gyermek (s a jövőbeni gyermek érdekeit).³¹

A gyakorlat felhívja a figyelmet, hogy a tanácsadási szerződés során fel kell hívni az anya figyelmét a legális abortusz következményeire. (Nem általánosságban, hanem a konkrét veszélyekre; itt is számos bírói ítélet marasztalt, mikor az egyes következményekre nem hívták fel a figyelmet. Pl. depresszió, súlyos lelki és fizikai következmények, fejlődési rendellenességek, „abortusz utáni tünetegyüttes” (*Überlastungssyndrom!*) stb.).³² A Legfelsőbb Bíróság több ítéletében felhívta a figyelmet, hogy a terhesség-megszakítás bizonyított veszélyt jelent az anyára és jövőbeni gyermekére.³³

A genetikai tanácsadás során elkövetett tévedés miatt, itt is felmerült

– csakúgy, mint hazánkban – a „nem kívánt gyermek” miatti kár kérdése. Itt is kimondatott az Alkotmánybíróság által 1993-ban (NJW. 1993. 1751., 1763. §), hogy az Alaptörvény alapján a „gyermek mint kár” nem vehető figyelembe.³⁴

Mivel a törvényhozás – a jogirodalom és a bírói gyakorlat ellenére – hosszú ideig elzárkózott, hogy nevesítse, és a BGB iktassa az orvosi kezelési szerződést, a bírói gyakorlat kénytelen volt a deliktuális felelősség szabályai alapján ítélni a konkrét ügyekben. Ez a betegek részére is kedvezőbb volt, mert szerződésszegésért nem lehetett hosszú ideig nem vagyoni kártérítést megítélni, kezelési hiba esetén.

Az ellentmondásnak viszont az lett az eredménye, hogy a bírói gyakorlat az évtizedek során egyre részletesebben dolgozta ki a *beteg-jogokat*, a *diagnosztizálást*, a *felvilágosítást*, s a *kezelés körében* elkövetett hibákért való felelősséget, s mindezt *lebontotta az egyes orvosi szakterületekre*, és megfordították a bizonyítási terhet is. (Pl. dokumentáció, nőgyógyászati, pszichiátriai kezelés, vérátömlesztés, katéterezés, alátatás, fogorvosi kezelés, endoszkópia stb.).³⁵

E körben elkezdődött a régi jog „elévülése”, mely először arra vezetett, hogy a BGB 253. §-t átalakították, s a reform során 2001. szeptember 24-én kimondatott, hogy szerződésszegés esetén is lehet nem vagyoni kártérítést megítélni az élet, egészség szabadság megsértése esetén.³⁶ Ezzel feloldódott az évtizedes ellentmondás, hogy bár

mindenki egyetértett az orvosi kezelési szerződés létében, mégis a gyakorlat a deliktuális felelősség szabályait volt kénytelen alkalmazni. Ezután már nem volt akadálya annak, – hogy bár a kezelési szerződés továbbra sem volt nevesítve a BGB-ben – a bírói gyakorlat az orvos-beteg jogviszonyában a szerződésszegés szabályait alkalmazza. Nem véletlenül jegyezte meg *Ch. Katzmermeier* 2001-ben az orvosi felelősségről írt művében, hogy a felelősségi jog erodált, s ezért volt kénytelen módosítani a törvényhozó a 2001-ben a BGB 253. §-t.³⁷

A bírói gyakorlat fontos szerepét mutatja, hogy *Martis-Winkhart* az orvosi felelősségi jogot a bírói gyakorlatban összefoglaló művében 1999–2002 között 200, 2002–2006 között 500 tartományi-felsőbírói és Legfelsőbb Bírósági ítéletet publikált.³⁸ A bírói gyakorlat a *kezelési hiba* körében megkülönbözteti a *diagnosztikai hibát* és a *terápiás hibát*, s mindkét esetben külön tárgyalja a *nagy kezelési hibát*.

A *diagnosztikai hiba* körében az orvosnak fel kell ismernie egy meghatározott megbetegedés tüneteit, hibás diagnózisa egy „nagy kezelési hibához” vezethet, pl. elmulasztja a kontrollvizsgálatot, stb.³⁹

Nagy diagnosztikai hibának számít például röntgenképen a törés felismerésének elmulasztása, a CT felvételen a tüdőrák gyanúja felismerésének elmulasztása, az embóliaveszély elhanyagolása érgyulladásnál, az ikerterhesség fel nem ismerése ultrahangvizsgálatnál, egyértelmű tünetek ellenére a szívinfarktus fel nem ismerése stb.⁴⁰

27 BGH. MDR. 1975. NJW 1975. 305.

28 Ld. részletesen 3. alatt 62–63., pl. OLG Zweibrücken NJW 1983. 2004.

29 Ld. részletesen 3. alatt 63–67., OLG Brandenburg Urt. v. 5.4. 2005.

30 Ld. részletesen 3. alatt 715–732. és 463–472.

31 Ld. részletesen 3. alatt 715–717. Az elvet a gyakorlat végigvezeti minden indikációnál (orvosi, genetikai, kriminológiai, vészhelyzet)+ pl. BVerfG NJW 1993. 1751–1763.

32 Ld. 3. alatt 722–723., pl. OLG Stuttgart Urt. v. 25.3. 2003., OLG Stuttgart Urt. v. 19.7. 2005., BGH. NJW 1965. 1609–1610.

33 Ld. részletesen 3. alatt 723., pl. BGH Urt. v. 18.6. 2002. NJW 2002. 2636–2638.

34 Ld. 3. alatt 716. pl. BGH NJW 1450–1451., a hazai irodalomban Lábady Tamás és Jobbágyi Gábor művei, Pl. Jobbágyi Gábor: Az ember mint kár. Jogtudományi Közlöny 2004. 1.

35 Ld. 3. alatt 854–865. később részletesen a bizonyítási teherről

36 Ld. BGB 253. § (2) és 3. alatt 850.

37 Ld. Ch.. Katzmermeier 1. alatt. Vorwort. 2002.

38 Martis-Winkhart : Arzthaftungsrecht. Fallgruppe Kommentar 1. Auflage. 2003. Verlag Dr. Ottó Schmidt Köln. Vorwort. és 3. alatt Vorwort.

39 3. alatt 409–413., számos ítélet szerint pl. BGH Urt. v. 8.7. 2003., OLG. Stuttgart Urt. v. 2.2 2001., OLG. München Urt. v. 3.6. 2004.

40 3. alatt 413–417., számos ítélet alapján pl. OLG. Hamburg Urt. v. 2.4. 2001.

Ugyanakkor több esetben nem állapítottak meg terápiás kezelési hibát, ha ahhoz téves diagnózis vezetett⁴¹ (pl. ortopédus nem ismeri fel a csonttuberkulózist,⁴² a kis-korú páciens terhességének fel nem ismerése, ha szexuális életéről nem ad felvilágosítást stb.). Ebből a szempontból is, alapvető jelentősége van az orvosi dokumentációnak.

Az orvosi dokumentáció nem az orvos feltevéseit kell, hogy tartalmazza, hanem tényeket, *orvosi intézkedéseket*, (anamnézis, diagnózis, terápia). Az orvosi dokumentáció elsődlegesen a *beteg terápiás érdekeit szolgálja és bizonyítja a helyes kezelésnek* (pl. az operáló orvos cseréjénél az új orvos beosztását, a kórházból távozó beteg tanácsokkal való ellátást).⁴³ A dokumentáció *hiányossága kezelési hiba, kárigény esetén*.⁴⁴

A *terápiás kezelés során elkövetett kezelési hiba* esetén két kiindulópontot rögzített a gyakorlat az orvos oldalán. Az orvos a kezelést az orvostudomány mindenkori állása ismeret szerinti módon kell, hogy nyújtsa (*Soll-Standard*),⁴⁵ és az orvost megilleti a gyógymódválasztás szabadsága,⁴⁶ ez azonban nem jelent orvosi „privilegiumot”, mert a beteg felvilágosítási és beleegyezési jogával összhangban kell értelmezni (ld. később).

A kezelési hiba körében is megkülönböztet a bírói gyakorlat *egyszerű kezelési hibát* és *nagy kezelési hibát*.

Egyszerű kezelési például, ha vakbélgyulladás gyanúja áll fenn, s azt nem lehet kizárni, az operáció elha-

lasztása.⁴⁷ E körbe tartozik, hogy a nem sürgős térdoperációt magas vérsejtszűnyedés ellenére végrehajtanak, vagy izomfájdalomnál vizsgálattal nem zárják ki a trombózis lehetőségét.⁴⁸ Béltükrözésnél a perforáció, ha ennek veszélyéről nem tájékoztatták a beteget, idegen anyag hátrahagyása az operáció helyén (tampon stb.).⁴⁹ A jogesettár ezután széles körben számos bírói döntést ismertet az egyszerű kezelési hibáról (nőgyógyászat- ld. korábban – belgyógyászat, radiológia, altatás stb.).⁵⁰

A *nagy kezelési hibák körében*. A nagy kezelési hiba fogalmát számos ítélet meghatározta; „ha az orvos egyértelműen a bevált kezelési szabályok, vagy az orvosi ismeretek ellenére követ el hibát, s az objektív szempontból egyértelmű, mert a szakmai szabályokat teljesen figyelmen kívül hagyta.”⁵¹ Ilyen „nagy kezelési hiba” lehet, annak elmulasztása, „amit minden kezelőorvosnak tudnia kell”, olyan vizsgálat elmulasztása, „ami világosan és egyértelműen szükséges”, „ami kétség nélkül szemben áll a standard-dal” stb.⁵² Ezután itt is számos ítélet ismertetése következik az egyes szakterületekről, mint „nagy kezelési hiba”.⁵³

(Így 15 cm-es kendő sebben hagyása műtétnél, rossz oldalon végzett operáció, egyértelmű törés elnézése, nem steril kesztyű és higiénikus szabályok megsértése, lábtrombózisnál heparinkezelés, röntgenkép félreismerése, egy sürgős beavatkozás vétkes halogatása 7-8 perctől 1 óráig, koraszülött gyermek testhőmérséklet mérésének

elmulasztása, hirtelen szívhalálnál szívmasszázs elmulasztása, mellkas-fájdalomnál EKG vizsgálat elmulasztása stb.)⁵⁴

4. Tájékoztatás – beleegyezés a bírói gyakorlatban

Miután az elméletben s a bírói gyakorlatban számtalan vélemény, ítélet született, szükségessé vált a beteg tájékoztatásának – beleegyezésének kérdése. Ez azonban hosszú ideig kialakulatlan volt.

Bár a bíróság már 1894-ben kimondta, hogy az orvosi beavatkozás testi sértést valósít meg, az itt is hosszú ideig uralkodó paternalista szemlélet miatt az orvost megillette a „terápiás privilegium”, vagyis, hogy szabadon dönt a kezelésről, s a döntésről nem is kell tájékoztatni a beteget.⁵⁵

A harmincas évektől csak a jogászok között volt vita, majd a II. világháború után a személyiségi jogok kérdéskörével került napirendre a kérdés. Miután már a bíróság 1932-ben kimondta, hogy az orvos-beteg között szerződés van, először 1956-ban született ítélet a tájékoztatásról, egy elektrosokk kezelés kapcsán.⁵⁶

Törvényileg azonban csak a sterilizációs, a gyógyszerészeti és a szervátültetésekről szóló törvényben került rögzítésre e kötelezettség. Bár a Német Jogászggyűlés 1978-ban felhívta a törvényhozó figyelmét a szükséges szabályozásra, erre nem került sor. Körülbelül ekkor kezdődött a „hidegháború” a tájékoztatásról az orvosok és jogá-

41 3. alatt 422–426., számos ítélet alapján

42 3. alatt 426–427., számos ítélet alapján pl. OLG. Düsseldorf Urt. v. 31.1. 1985.

43 3. alatt 426–443., számos ítélet alapján pl. OLG. Koblenz Urt. v. 15.1. 2004., OLG. Jena Urt. v. 18.5. 2005.

44 3. alatt 442–443., számos ítélet alapján pl. BGH. NJW 1995. 1611–1612.

45 3. alatt 320–321., pl. OLG. Brandenburg Urt. v. 9.10. 2002., BGH. NJW 1992. 754.

46 Ld. 1. alatt 2002. 304–309.

47 Ld. 3. alatt 770., OLG. Oldenburg VersR. 1996. 894.

48 Ld. 3. alatt 773., OLG. Düsseldorf VersR. 2001. 1157., OLG. Hamburg VersR. 1990. 660.

49 Ld. 3. alatt 776., 777., OLG. Oldenburg VersR. 1986. 581–582., L.G. Braunschweig Urt. v. 3.3. 2004.

50 Ld. 3. alatt 769–797.

51 Ld. 3. alatt 500., számos ítéletben, pl. BGH. Urt. v. 27.4. 2004.

52 Ld. 3. alatt 503., pl. BGH. Urt. v. 27.3. 2001.

53 Ld. 3. alatt 559., 560., 563., 568., 571., 578., 581., 582., 590.

54 Ld. részletesen 3. alatt 557–606., pl. OLG. München OLGR. 1993. 36., BGH. Urt. v. 27.4. 2004.

55 Ld. részletesen 1. alatt 2002. 322.

56 Ld. 1. alatt 2002. 323., „A felvilágosítási kötelezettség a terápia következtében esetleg bekövetkező kárról, egyenesen következik az orvosi hivatásból, mert a beteg testi integritását nem lehet figyelmen kívül hagyni.”

szok között, mivel az orvosok nem kívánták elfogadni az USA-ban már létező „tájékoztatáson alapuló beleegyezés” elvét (*informed consent*). A hivatkozási és az elutasítási alap a Hippokrateszi eskü volt.⁵⁷

A kiindulópont a *beteg önrendelkezési joga*. A tájékoztatásnak *diagnosztikai, kezelési, kockázati*, és „*lefolyási*” (a betegségnek, a kezelésnek) része van. Ezután következhet a beteg beleegyezése a kezelésbe – vagy a kezelés elutasítása. A betegnek „nagy és teljes mértékben” (*im Grossen und Ganzen*) meg kell tudnia, milyen betegsége van, milyen beavatkozást terveznek – annak milyen mellékhatásai és kockázatai vannak. Alapvetően minden diagnosztikai és terápiás intézkedésről tájékoztatást kell adni,⁵⁸ s mindezt rögzíteni kell az orvosi dokumentációban.

A tájékoztatás és a beleegyezés fontosságát mutatja, hogy ma már az orvosi felelősségi pereknek kb. 2/3-t teszik ki a tájékoztatás hiányosságából eredő kártérítési igények. Ennek oka, hogy lényegesen könnyebb bizonyítani a tájékoztatás hiányát a kezelési hibánál, olyan bekövetkezett szövődmény esetén, melyről a beteget nem tájékoztatták a beavatkozás előtt, így bele sem egyeztetett a kockázatba.

A tájékoztatás körében a leglényegesebb a beavatkozás kockázatairól való tájékoztatás. Itt gyökeres eltérés van a magyar gyakorlattól. (Mint ismeretes a Legfelsőbb Bíróság ítélete szerint az 5% feletti kockázatokról kell tájékoztatni.)⁵⁹

Ha a beteg életére veszélyt jelent a beavatkozás, 0,1–0,7% közötti

kockázatokról is kell tájékoztatni, de olyan marasztaló ítélet is született, ahol nem tájékoztatták a beteget az 1:40 000 halálozási arányról, s a beavatkozás nyomán a beteg meghalt.⁶⁰

A különböző beavatkozások szövődményeinek százalékos kockázatairól külön statisztika van, ezt részletesen közölni kell.⁶¹

Néhány példa, marasztaló ítélet alapján:

– 1:20 000 a véradohányozás kockázatának lehetséges szövődménye. A bíróság marasztal, ha ezt nem közlik, és komplikáció van,⁶²

– ha az antibébi tabletta használatáról a dohányzó nőt nem figyelmeztetik a magas infarktus és agyvérzésveszélyre – bekövetkezésük esetén – a bíróság marasztal;⁶³

– a térdízületbe adott injekciónál a fertőzésveszély 1:10 000. A tájékoztatás elmaradása a fertőzés bekövetkezése esetén: marasztalás.⁶⁴

Egyébként a kezelés folyamán a különböző szakaszokban, különböző tájékoztatást kell adni, így a vizsgálatok nyomán keletkező *diagnózisról*, *s ennek nyomán a prognózisról* és a *különböző kezelési folyamatokról*.⁶⁵ A súlyos diagnózisról és a negatív kimenetelről nem kell teljesen tájékoztatni az orvosnak, viszont más diagnózis esetén a kezelés elmaradásának következményéről tájékoztatnia kell. A hibás tájékoztatással a diagnózisnál is el lehet követni a „nagy kezelési hibát”.⁶⁶

A *terápiás beavatkozás* során tájékoztatni kell a beavatkozás sikerének valószínűségéről, a mellékhatárokról, a lehetséges veszélyes

szövődményekről, s a választható más gyógymódokról.

Mindezt dokumentálni kell.⁶⁷ Természetesen vannak olyan esetek, ahol nincs alternatívája a beavatkozásnak, s akkor az alternatívákról tájékoztatás akkor sem szükséges.⁶⁸ Itt is vannak vitatható határesetek – például a beteg „hipotetikus beleegyezésének” lehetősége, ha a beteg valamilyen okból nem cselekvőképes,⁶⁹ s nem szükséges pl. a tájékoztatáson alapuló beleegyezés az altatásba sürgős vakbél-operáció esetén.⁷⁰ Végül szükséges a beavatkozás után tájékoztatni a beteget a további „*kilátásokról*”.⁷¹

Külön bírói gyakorlata van szülők, a pszichiátriai betegek, a kiskorúak (általában 14–16 éves kortól!) és a németül rosszul beszélők tájékoztatásának. (Pl. egy abszolút operációs indikációt nem lehet a gyermek esetében vallási vagy világnézeti okból megtagadni, de egy abortusz végrehajtásánál a kiskorú szüleit is tájékoztatni kell,⁷² de a szülőknek nincs „vétó” joga a kiskorú döntésével szemben.)

A felelősségi jog körében természetesen itt sem a kárt okozó orvos, vagy kórház viseli a kárt, hanem „betegbiztosítás”, vagy „felelősségbiztosítás” körében a biztosító. Vagyis itt is a „károkozó” felelőssége elhalványult a beteggel szemben, s helyette egy kollektív kárviselési rendszer alakult ki, természetesen adott esetben a biztosító regressz igényével – mivel a beteg a perben elsősorban a biztosítóval áll szemben. A rendszer itt is vitatott – csakúgy, mint számos külföldi or-

57 Ld. részletesen 1. alatt 2002. 351., „Semmit nem teszek és mondok a betegnek, ami árthat neki.”

58 Ld. 3. alatt 86–87., pl. BGH. Urt. v. 25.3. 2003.

59 L. B. Pfv. VI. 21.077/94.

60 Ld. 3. alatt 90., OLG. Düsseldorf VersR. 1989. 290.

61 Ld. 3. alatt részletesen 137–148.

62 BGH. Urt. v. 14.3. 2006., ld. 3. alatt 145.

63 Ld. 3. alatt BGH. Urt. v. 15.3. 2005.

64 Ld. 3. alatt 148., BGH. NJW 1994. 2414.

65 Ld. 3. alatt 91–92., pl. B. VerfG. 18.11. 2004.

66 Ld. 3. alatt 91–92., OLG. Köln VersR. 1998. 243.

67 Ld. részletesen 3. alatt sok száz ítéletben, melyet hely hiányában nem lehet ismertetni 76–275. között.

68 Szükséges végtag amputációnál az alternatíváról tájékoztatni, Ld. 3. alatt 187.

69 Ld. 1. alatt 349–351. és baleseti sebészeten 3. alatt 207–209.

70 Ld. 3. alatt 209., OLG. Hamburg Urt. v. 17.9. 2001.

71 Ld. 3. alatt 90–91.

72 Ld. 3. alatt 218., OLG. StuttgartVersR. 1987. 515., és OLG. Hamburg NJW 1998. 3424.

szágban – mert a megítélt számtalan magas kárösszeg miatt hatalmasra nőnek a biztosítási összegek. (Ez először az USA-ban jelentkezett; a *medical malpractice crisis* jelenségben,⁷³ mivel a bíróságok mind magasabb kárösszegeket ítélték meg a betegeknek – mivel ugyanis a biztosító fizet – ennek eredménye, hogy a felelősségbiztosítási díjak növekedése miatt számos orvos feladta praxisát az USA-ban. A folyamat megfékezésére a bíróság korlátozta a kifizethető biztosítási összeg felső határát 1994-ben, s ezzel ismét előtérbe került az orvosi felelősség. Az ügyvédek munkadíját is korlátozták, a megítélt kárösszeg 1/3-ban, mivel addig a megítélt kár jelentős részét az ügyvédek kapták munkadíj címén az USA-ban.) E kérdések Németországban is hosszú ideje viták tárgyát képezik az elméletben, s a gyakorlatban. A megoldás itt is arra mutat, hogy pl. a biztosítási szerződésekben körülhatárolják a kárfelelősséget, másrészt biztosítják bizonyos esetben a biztosító regressz igényét. A kérdés korántsem tekinthető lezártnak, mivel korlátként felmerül a „*casum sentit dominum*” elv is a vitában. (A károsult kárviselése.) Számos kérdést vett fel a gyakorlatban a bizonyítási teher megosztása a beteg és az orvos között. Sok száz – részben ellentmondó ítélet – született e körben, s a vita évtizedekig tartott. (Ennek során megdőlt az elv, hogy „kétség esetén az orvosi meggyőződésnek kell hinni”. Erről nem írunk részletesen, mert a 2013. február 20-i BGB módosítás egyértelműen rendezte a kérdést a 630. h) §-ban, ezért ott részletezzük.)⁷⁴

5. Az orvosi kezelési szerződés – új szerződéstípus a BGB-ben

2013. február 26-én nagyon jelentős állomásához érkezett az or-

vos-beteg jogviszony jogi értékelése; e napon lépett hatályba a BGB 630a–630h §§, melyek „kezelési szerződéseket a szolgáltatási szerződések körében szabályozzák. (*Diensvertrag und ähnliche Verträge*) Egyébként Ch. Katzmermeier megjegyzi, hogy a betegjogban kezelési és orvosi felelősségi jog Németországban továbbra sincs részletesen törvényileg szabályozva, azt alapvetően a „bírói jogból” lehet megismerni; illetve az egészségügyi miniszter „chartájából” a betegjogokról 2003-ban.

Megjegyzendő, hogy a BGB szabályozása sokkal kevésbé részletező, mint az EU DCFR tervezete,⁷⁵ s ennek nyilvánvaló oka a gazdag nézet bírói háttérjog.⁷⁶

Bár az orvosi kezelési szerződés fogalmát nem határozza meg pontosan a 630. a) §, annyit kijelent, hogy a kezelő (orvos) az elismert szakmai standard szerint köteles a kezelést nyújtani. A „kezelő” csak orvos lehet, akkor is ha „kórházi kezelési szerződésről” van szó, de a kórházi kezelési szerződés számos kérdését közelebbről nem rendezi a törvény. A törvény azzal, hogy a „standard”-ra hivatkozva határozza meg a kezelés szintjét, nyitva hagyja a lehetőséget új kezelési módok felé.

A 630c § a beteg és a kezelő együttműködési kötelezettsége mellett részletesen rögzíti a beteg információhoz való jogát a kezelés teljes tartalma alatt (diagnózistól kezdve, a betegség lefolyásáig, a terápiás beavatkozásokon át). Az információs jog korlátozása nem lehetséges kivéve, ha arra nincs lehetőség, vagy arról a páciens lemond. A BGB 630h § később rögzíti, hogy a nem megfelelő tájékoztatás, a beteg beleegyezésének hiánya, s a dokumentáció hiányossága *kezelési hiba*.

A beteg *beleegyezése a kezelésbe* (630d §) – feltételezve a páciens

„beleegyezési képességét” – bár ez nincs a törvényben szabályozva – a *beteg önrendelkezési jogának megvalósulása*. (Ebbe természetesen beleértődik a kezelés visszautasításának joga.)

A 630e § részletesen szabályozza a tájékoztatási kötelezettsége tartalmát a kezelés egész folyamán. A tájékoztatás szóban történik, de a beteg kérésére írásban is lehetséges. A tájékoztatásnak a beteg részére érthetőnek kell lennie. Ha a beteg megfontolta a tájékoztatást, a beleegyezését aláírja. A tájékoztatás során kiemelten kell tájékoztatni az alternatív gyógymódokról, s a lehetséges kockázatokról.

Mindezek alapján kiemelkedő fontosságú a dokumentációs kötelezettség (630f §). A dokumentáció történhet írásban vagy elektronikusan, s a „betegaktába” kell elhelyezni, s 10 évig megőrizni. A dokumentáció bizonyítja, hogy a kezelés szakmailag helyes, s eredményes volt-e, az anamnézistól kezdve a diagnózison át, a vizsgálaton, s annak eredményén keresztül, a kezelést, s annak következményeit, természetesen a folyamatos tájékoztatást s beleegyezést is. A „páciens aktába” a beteg szabadon beletekinthet, halála után a hozzátartozók is – kivéve, ha a beteg megtiltotta a betekintést (630g §).

A 630h § szól a bizonyítási teherről. A 630h § (1) bekezdés szerint *kezelési hiba, ha a kezelő nem tájékoztat egyértelműen a kockázatokról*, ha az a beteg halálához, testi épségének, egészségének megsértéséhez vezetett. A kezelés eredményességét egyébként nem kell garantálni az orvosnak, de „kezelési hiba”, ha a beteg életét, testi épségét, egészségét megsértette – ha a kezelő figyelmen kívül hagyta az orvosilag előírt leleteket, vagy a kezelés során nagy kezelési hibát követ el. Az esetleges per során a betegnek – vagy hozzátartozójának

73 Ld. részletesen 1. alatt

74 Ld. részletesen 1. alatt 194–266.

75 Ld. részletesen 1. alatt 417–519. és 3. alatt 267–275.

76 5. alatt és 1. alatt 817., 6. alatt 1.

– kell bizonyítani az élet, testi épség, egészség sérelmét, a tájékoztatás, a beleegyezés, a dokumentáció, a diagnózis s a kezelés megfelelőségét az orvosnak.

Az új szabályok egyébként nem jelentenek szakítást a deliktuális felelősséggel, azzal, hogy alkalmazhatóvá tették a szerződésszegés sza-

bályait az élet, testi épség, egészség sérelme esetén (BGB 253. § reformja ld. korábban). A deliktuális felelősség szabályai a szerződésszegés mellett továbbra is alkalmazhatók. A deliktuális felelősség szabályai továbbra is orvosi felelősség szabályai maradnak⁷⁷ (pl. kármegállapítás).

Az új szabályozás C. Katzermeier szerint, törvényileg nagy előrelépés, mert a betegjogok törvényi szabályozása politikailag is motivált. A törvényi szabályozás azért is időszerű volt, mert a bírói jog kazuisztikája áttekinthetetlenné vált, s ezért a jogalkalmazás most már alapvetően a normaszövegen alapul.⁷⁸

⁷⁷ Ld. 1. alatt 823.

⁷⁸ Ld. 1. alatt 822.